

DIE RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUR RESTRIKTIVEN AUSLEGUNG DER MORDMERKMALE

Stud. iur. Andy WENZEL
Justus-Liebig-Universität / Gießen

I. EINLEITUNG – EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK UND WEGWEISER DURCH DIE BEARBEITUNG

Im Folgenden soll die restriktive Auslegung der Mordmerkmale in der Rechtsprechung des BGH behandelt werden.

Mord nach § 211 StGB lässt sich als die besonders verwerfliche Tötung eines Menschen, unter Verwirklichung zumindest eines der in Absatz 2 genannten Merkmale, beschreiben.¹ Dem Gesetz nach ist der Mörder durch die absolute Strafandrohung zwingend mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen. Minder schwere Fälle des Mordes kennt das Gesetz nicht und eine Anwendung des privilegierenden § 213 StGB auf § 211 StGB ist nach herrschender Meinung ausgeschlossen.² Folglich sind dem Richter bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen bezüglich der Rechtsfolge die Hände gebunden, was sich insbesondere bei Vorliegen entlastender Tatsachen als problematisch erweist.

Dadurch war der BGH zunehmend zu sog. „Vermeidungsstrategien“³ gezwungen, um die starre Rechtsfolge des § 211 StGB zu umgehen. Dabei bemühte er sich in der Vergangenheit häufig zu den gesetzlichen Milderungsgründen zu gelangen, um so einen flexiblen Strafraum zu erreichen. Hierzu stellte Kreuzer in einer Studie fest, dass 1974 jedem dritten Mörder eine verminderte Schuldfähigkeit § 21 StGB zugebilligt wurde.⁴ Eser kam in einer vergleichbaren Untersuchung 1980 zu einem ähnlichen Ergebnis und stellte zudem fest, dass trotz absoluter Strafandrohung in lediglich der Hälfte der vollendeten Mordfälle auf lebenslange Haft erkannt wurde.⁵ Eine weitere Praktik war in der Annahme bloßer Beihilfe statt Mittäterschaft über die subjektive Teilnahmetheorie der Rechtsprechung sowie der Anwendung des JGG bei Heranwachsenden zu beobachten. Diese Vermeidungsstrategien waren durchweg der Kritik ausgesetzt, was insbesondere mit Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung, und daraus resultierender Rechtsunsicherheit, begründet wurde, und stellten daher keine Befriedigende Lösung dar.

1 SCHMIDT-PRIEBE, S. 16 Rn. 37.

2 BGHSt 11, 139, 143; BGHSt 30, 105, 118; Sch-Sch – ESER, § 213 Rn. 3; LK-JÄHNKE, § 213 Rn. 2; a.A.: NEUMANN, Eser-FS, S. 436.

3 ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 55.

4 KREUZER ZRP 1977, 49, 51.

5 ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 54.

Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG in seinem wegweisenden Urteil vom 21. Juni 1977⁶ zwar der lebenslangen Freiheitsstrafe grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit bescheinigt, allerdings die Strafgerichte im Hinblick auf die absolute Strafandrohung zur restriktiven Handhabung des § 211 StGB angemahnt. Die Strafe müsse im Verhältnis zum begangenen Unrecht stehen und dürfe die Schuld des Täters nicht übersteigen.⁷ Indes bemühte sich der BGH durch restriktive Auslegung auf Tatbestandsebene zu gerechten Ergebnissen zu gelangen, was sich jedoch nicht in allen Fällen erreichen lies. Daher kam es im Jahre 1981 zur Entwicklung der sog. Rechtsfolgenlösung durch den Großen Senat,⁸ um in Grenzfällen entlastende Tatsachen berücksichtigen zu können und so der Verhältnismäßigkeit zu genügen.

Deshalb sind nun die Konzepte und Methoden zu untersuchen, die die Rechtsprechung anwendet, um die Mordmerkmale einzuschränken bzw. zu verhältnismäßigen Ergebnissen zu gelangen. Zunächst soll auf die Grundsatzurteile BVerfGE 45, 187 zur lebenslangen Freiheitsstrafe und die Entscheidung des Großen Senats in BGHSt 30, 105 zur Rechtsfolgenlösung eingegangen werden (II).

Anschließend wird unter III. ein umfassender Blick auf die tatbestandseinschränke Auslegung der einzelnen Mordmerkmale sowie der dazu gehörigen Judikatur seit 1951 nötig sein, wobei insbesondere auf Änderungen im Zusammenhang mit BVerfGE 45, 187 und aktuelle Entwicklungen einzugehen sein wird. Im Hinblick auf Praxisrelevanz⁹ und Auslegungsproblematik muss hier dem Merkmal der Heimtücke besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Daran anschließend sollen die Gegenkonzepte aus der strafrechtlichen Wissenschaft kurz aufgezeigt werden (IV). Dem folgt der rechtsvergleichende Blick auf die Mordmerkmale in Ungarn mit dem Ziel, Lösungsansätze für die Auslegungsprobleme sowie für Reformüberlegungen in Bezug auf § 211 StGB zu entwickeln (V). Abschließend soll ein Fazit gezogen werden, in das alle hier behandelten Themen einbezogen werden (VI).

II. AUSGANGSPUNKT BVERFGE 45, 187 UND BGHST 30, 105

II. 1. Die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe

1977 führte der Vorlagebeschluss des LG Verden¹⁰ zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe durch das BVerfG.¹¹ Das vorliegende Thema wurde insoweit tangiert, als in dieser Entscheidung die lebenslange Freiheitsstrafe unter Maßgabe des verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen Schwere der Tat, Schuld des Täters und angemessener Strafe für verfassungsgemäß erklärt wurde.¹²

Gegenstand der Prüfung war neben der Verdeckungsabsicht in erster Linie das Merkmal der Heimtücke. Hierzu wurde bemerkt, dass die Auslegung des Merkmals der

6 BVerfGE 45, 187f. = NJW 1977, 1525.

7 BVerfGE 45, 187, 259.

8 BGHSt 30, 105 = NJW 1981, 1965 = NStZ 1981, 344 = JZ 1981, 554.

9 Vgl. die Rechtsprechungsstatistik bei ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 40;

10 LG Verden NJW 1976, 980f.

11 BVerfGE 45, 187f.

12 BVerfGE aaO, 261f.

Heimtücke durch den BGH teilweise als „bedenklich“¹³ anzusehen sei.¹⁴ Zwar hat das BVerfG die Möglichkeiten der (1.) restriktiven Auslegung einzelner Mordmerkmale oder (2.) mittels Tatbestandskorrektur nach Maßstab der besonderen Verwerflichkeit oder aber (3.) durch eine ganz andere der Verhältnismäßigkeit gerecht werdenden Variante, aufgezeigt; die Ausgestaltung jedoch letztlich den Strafgerichten überlassen, unter der Prämisse den Anforderungen Rechnung zu tragen.¹⁵

Darüber hinaus verlangte das BVerfG vom Gesetzgeber, dem Grundsatz des sinn- und maßvollen Strafens¹⁶ gerecht zu werden, indem der Täter die Chance bekommen muss „je wieder der Freiheit teilhaftig“ zu werden.¹⁷ Die Gnadenpraxis wurde vom BVerfG als hierfür unzureichend bezeichnet.¹⁸ Dieser Forderung ist der Gesetzgeber im Jahre 1982 nachgekommen, indem er § 57a StGB einführte, der die Strafaussetzung zur Bewährung bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach Verbüßung von mindestens 15 Jahren ermöglicht. Dies gelte jedoch nicht, soweit die „besondere Schwere der Schuld“ festgestellt wird. Damit hat der Gesetzgeber eine Untergrenze von 15 Jahren für Mord angegeben und weiterhin die Möglichkeit der lebenslänglichen Freiheitsstrafe offen gelassen und dadurch die Auffassung von unterschiedlichen Schweregraden des Mordes bestätigt. Dies hat in gewisser Weise auch materiell-rechtliche Bedeutung, da gesagt werden kann, dass bei der bloßen Tatbestandserfüllung ohne erschwerende Komponenten in der Regel von Schuldangemessenheit der 15-jährigen Freiheitsstrafe auszugehen sein wird.¹⁹

Was die Anforderungen an den Mordtatbestand selbst angeht, ist der Gesetzgeber allerdings untätig geblieben, so dass es bis heute den Strafgerichten obliegt diesen Anforderungen gerecht zu werden. Ob dies gelungen ist, gilt es nachfolgend zu untersuchen.

II. 2. Die Rechtsfolgenlösung des Großen Senates

Im Jahre 1981 musste sich der Große Senat des BGH in Strafsachen²⁰ mit einer Vorlage des 4. Senates²¹ auseinandersetzen. In dem der Vorlage zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte S seinen Onkel heimtückisch getötet, nachdem dieser die Ehefrau des Angeklagten vergewaltigt hatte, den Angeklagten damit verhöhnte und S mit dem Tode gedroht hatte. Der vorlegende Senat fühlte sich außerstande die lebenslange Freiheitsstrafe für den Angeklagten zu verhängen, obgleich dieser zweifellos einen Heimtückemord verübt hatte und machte Bedenken wegen BVerfGE 45, 187 bezüglich der Verhältnismäßigkeit der Strafe geltend.

Zur Vorlagefrage, ob in solchen Fällen Heimtücke zu verneinen sei, stellte der Große Senat fest, dass dem Grundsatz des sinn- und maßvollen Strafens nur Rechnung getragen werden kann, wenn dem Tatrichter hinsichtlich des Strafrahmens Spielräume offen

13 BVerfGE aaO, 266.

14 Als Beispiel wurde BGHSt 8, 216 genannt auf das unten (III 2. a. aa.) noch eingegangen wird.

15 BVerfGE aaO, 267.

16 BVerfGE 28, 386, 391.

17 BVerfGE 45, 187, 228.

18 BVerfGE 45, 187, 243.

19 HEINE GA 2000, 305, 311.

20 BGHSt 30, 105.

21 BGH NSZ 1981, 181.

bleiben, soweit nicht durch das Merkmal selbst schon nur höchststrafwürdige Fälle erfasst werden können. Dies sei bei der Heimtücke nicht der Fall, denn einerseits werden „schon und allein“ durch die hinterrücks verübte Begehungsweise das gesteigerte Unrecht der Heimtücke erkennbar und damit der Tatbestand erfüllt. Andererseits werden Schuldkomponenten „nur unzulänglich erfasst“, wodurch sich Heimtückemorde in ihrem Schuldgrad wesentlich unterscheiden können.²² Da dies im Falle der absoluten

Strafandrohung nicht berücksichtigt werden könne, müsse bei Vorliegen von „außergewöhnlichen Umständen, die eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe nicht rechtfertigen“, § 49 I Nr. 1 StGB analog angewendet werden, um dem Tatrichter einen Wertungsspielraum auf Rechtsfolgenseite und damit einen flexiblen Strafraum zu ermöglichen. Maßstab für diese Umstände dürfe nicht § 213 StGB sein, da dieser dem § 212 StGB zugeordnet sei und eine Privilegierung hierdurch relativ leicht zu erreichen sei.²³ Vielmehr zählt der Große Senat beispielhaft Umstände auf, die eine Würdigung als außergewöhnlich verdienen²⁴: notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation; große Verzweiflung; gerechter Zorn; schwere Provokation; vom Opfer verursachter und ständig neu entfachender, zermürender Konflikt; schwere Kränkungen durch das Opfer, die das Gemüt des Täters immer wieder heftig bewegen.

In der Sache wurde dem vorlegenden Senat demnach zugestimmt.²⁵

In der Folge ist die Rechtsfolgenlösung vor allem für die Fälle sog. schlafender Familientyrannen²⁶ relevant geworden, in denen meist die Ehegattin wegen erlittener Demütigung, Schläge und Missbrauchs, verübt durch den Gatten über einen längeren Zeitraum, nur noch den Ausweg sieht, den Familientyrann im Schlaf zu töten. Hierbei zeigt eine aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung, die die Stellung der Rechtsfolgenlösung als ultima ratio hervorhebt,²⁷ den nunmehr begrenzten Anwendungsbereich der Rechtsfolgenlösung: Bevor hierüber versucht wird eine Strafmilderung zu erzielen, müssen alle anderen gesetzlichen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe und schuld mindernden Umstände geprüft werden. In den Familientyrann-Fällen wird es sich als schwierig erweisen, im Rahmen des zu prüfenden § 35 StGB die Gefahr als nicht anders abwendbar zu behandeln.²⁸ Nimmt das Opfer irrig an, dass die Gefahr nicht anders abwendbar gewesen sei, ist die Strafe ohnehin gemäß § 35 II 2 StGB zu mildern und mithin der Weg zur Rechtsfolgenlösung versperrt. Damit dürfte sich der Anwendungsbereich auf (wenige) Fälle der schweren Kränkung, vergleichbar dem im Ausgangsfall zu BGHSt 30, 105, beschränken.

²² BGHSt 30, 105, 116.

²³ BGHSt 30, 105, 118.

²⁴ BGHSt aaO, 119.

²⁵ BGHSt aaO, 122.

²⁶ BGH StV 1983, 458; BGHSt 48, 255; Zuletzt BGH NStZ 2005, 154.

²⁷ BGH NStZ 2005, 154, 155. Früher bereits BGH NStZ 1984, 20.

²⁸ So auch in BGHSt 48, 255, 261: „regelmäßig im Sinne des § 35 I StGB anders abwendbar, als durch die Tötung des Tyrannen“.

III. DIE EINZELNEN MORDMERKMALE UND DEREN RESTRIKTIVE AUSLEGUNG IN DER PRAXIS

Zunächst sind die Mordmerkmale des § 211 II StGB in drei Gruppen zu unterteilen, im Gesetz durch Absätze gekennzeichnet, welche sich nach Motiven, Begehungsweisen und Absichten unterscheiden.²⁹

III. 1. Täterbezogene Motive

Die ersten drei Fälle dieser Gruppe werden als Beispielsfälle der niedrigen Beweggründe anerkannt.³⁰ Für diese Gruppe gilt in ihrer Gesamtheit zu beachten, dass nach der Rechtsprechung die Annahme eines dieser Mordmerkmale die Fähigkeit des Täters erfordert, die Bedeutung seiner Beweggründe zu erfassen.³¹ An diesem Merkmal scheitert häufig die Annahme eines Mordmerkmals der ersten Gruppe,³² da hier oftmals Wertungsgesichtspunkte eingebracht werden.

1. Mordlust

Mordlust, als ein in der Praxis eher unbedeutendes Mordmerkmal,³³ wird seit jeher als „das Töten aus einer unnatürlichen Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens“ bezeichnet.³⁴ Die Tathandlung muss auf den Tötungsvorgang als solchen gerichtet sein.³⁵ Daher muss es dem Täter „allein darauf ankommen einen Menschen sterben zu sehen“.³⁶ Die Verwirklichung der Mordlust unter dieser Voraussetzung lässt dolus eventualis nicht ausreichen.³⁷ Da es „allein darauf ankommen muss“ ist Mordlust unter mehreren Beweggründen, sog. Motivbündel, abzulehnen.

Davon abgesehen muss im Rahmen der Mordlust beachtet werden, dass sich der Täter in der Praxis in den meisten Fällen im schuldverminderten oder schuldausschließenden Zustand der §§ 20 oder 21 befindet.³⁸ Dadurch ist ohnehin der Weg zu einer Strafmilderung über § 49 StGB und damit zur Vermeidung der lebenslangen Freiheitsstrafe offen.

29 SCHMIDT – PRIEBE, S. 16 Rn. 39.

30 Sch/Sch – ESER, § 211 Rn. 14.

31 BGHSt 6, 329, 331; BGHSt 28, 210, 212.

32 BGHSt NStZ 2002, 368, 369.

33 Vgl. ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 54: Zweitwenigste Verurteilungen.

34 St. Rspr. seit BGH NJW 1953, 1440.

35 GROTENDIEK – GÖBEL, NStZ 2003, 118, 119.

36 BGHSt 34, 59, 60.

37 BGH GA 1958, 109.

38 SCHMIDT – PRIEBE, S. 33 Rn. 111.

2. Befriedigung des Geschlechtstriebes

Unter die Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes fielen immer schon die Fälle der Tötung, um sich in abartiger Weise an der Leiche zu vergehen³⁹ und die billige Inkaufnahme des Todes als mögliche Folge einer Gewaltanwendung um sich ungestört am Opfer zu vergehen.⁴⁰ Zudem erfüllt dieses Mordmerkmal, wer sich durch den Tötungsakt selbst eine sexuelle Befriedigung an der Leiche verschaffen will, sog. Lustmord.⁴¹ Diese Rechtsprechung wurde nach dem Urteil des BVerfG bestätigt.

Mangels Vorsatzes ist dieses Merkmal zu verneinen, wenn der Täter erst nach der Tötungshandlung den Entschluss fasst, sich sexuell an der Leiche zu vergehen. Tötungen, welche lediglich zur Erregung des Geschlechtstriebes erfolgen scheiden ebenfalls aus. Allerdings kann dies einen Fall der sonst niedrigen Beweggründe darstellen.⁴²

3. Habgier

Habgier wird in der Rechtsprechung als das „ungezügelter, rücksichtsloser Gewinnstreben um jeden Preis, auch um den eines Menschenlebens“ angesehen.⁴³ Der BGH hat ausdrücklich klargestellt, dass Habgier eng auszulegen sei und damit auch eine Kollision mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in Betracht komme.⁴⁴ Allerdings werden nicht nur Vermögenszuwächse, sondern auch wirtschaftliche Entlastung und Vermeidung von Vermögensminderungen als Motive unter den Begriff der Habgier subsumiert.⁴⁵ Habgier entfällt jedoch, wenn lediglich der vorhandene Besitz erhalten bleiben soll.⁴⁶ Zudem muss Habgier verneint werden, wenn der Wegnahmeentschluss erst nach der Tötungshandlung gefasst wird.⁴⁷ Im Motivbündel muss die Habgier dominieren.⁴⁸

4. Sonst niedrige Beweggründe

Die sonst niedrigen Beweggründe sind aufgrund ihrer tatbestandlichen Weite und geringen Bestimmtheit äußerst restriktiv zu handhaben. Sie liegen zunächst vor, wenn die Motivation des Täters „nicht nur als verwerflich anzusehen ist, sondern sittlich auf tiefster Stufe steht und dadurch besonders verachtenswert erscheint“.⁴⁹ Ob das der Fall ist, sei nach den Gesamtumständen der Tat, Persönlichkeit und Lebensverhältnissen des Täters⁵⁰

39 BGHSt 7, 353, 354.

40 BGHSt 19, 101, 105.

41 BGHSt 7, 353; BGH NJW 1982, 2565.

42 Sch/Sch – ESER, § 211 Rn. 16.

43 BGHSt 10, 399; BGHSt 29, 317; BGHSt NJW 2001, 763.

44 BGHSt 42, 301, 304.

45 BGHSt 10, 399; BGHSt 47, 243.

46 BGHSt 3, 183.

47 BGH StV 1983, 359.

48 BGH NJW 1981, 932, 933; BGH NStZ 1989, 19, 20; BGH NJW 1995, 2366.

49 BGHSt, 2, 60, 63; BGHSt 3, 133, 333; BGHSt 42, 226, 228; BGH NJW 2006, 1008, 1009.

50 BGH NJW 1954, 565; BGHSt 116, 127; BGHSt 47, 128, 130.

am Maßstab der Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland⁵¹ zu bestimmen. Insoweit ist es im Falle der sonst niedrigen Beweggründe möglich durch eine Gesamtwürdigung auch entlastende Tatsachen in die Bewertung einzubringen, womit sie sich der Rechtsfolgenlösungsproblematik entziehen. Da es im Rahmen der sonst niedrigen Beweggründe auf den Einzelfall ankommt, sei hier nur beispielhaft genannt bei welchen Motiven dieses Merkmal bejaht wurde: Rassenhass⁵²; Abreagieren an unbeteiligten Opfer bzw. in dem Bewusstsein handeln, keinen Grund für eine Tötung zu brauchen;⁵³ Wut und Rache, wenn diese ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen;⁵⁴ Hass, Neid und Verärgerung, soweit darin eine verwerfliche Gesinnung zum Vorschein kommt;⁵⁵ Eifersucht, wenn kein menschlich begreiflicher Anlass besteht, sondern vielmehr aus „krasser Eigensucht“ gehandelt wird.⁵⁶

In den Fällen eines Motivbündels muss immer ein niedriger Beweggrund vorherrschend sein, um das Merkmal bejahen zu können.⁵⁷

Nach der Entscheidung des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe konnte man restriktivere Bestrebungen erkennen. Wurde vorher dem Missverhältnis zwischen Tatanlass und Tötungserfolg noch die entscheidende Bedeutung beigemessen, konnte dies fortan nur Indikator jedoch nicht mehr alleiniges Kriterium sein.⁵⁸ Zudem wurde vermehrt auf die Täterpersönlichkeit Rücksicht genommen, wogegen zuvor lediglich Umstände der Tat an sich eine entsprechende Würdigung erhielten. Deshalb wurden nach dem Urteil des BVerfG noch besondere Ehr- und Wertvorstellungen in die Gesamtwürdigung aufgenommen.⁵⁹ Dies hat sich inzwischen insofern relativiert, als es nun auf die Vorstellungen der hiesigen Rechtsgemeinschaft ankomme⁶⁰ und die niedrigen Beweggründe lediglich verneint werden, wenn dem Täter die Bedeutung seiner Beweggründe nicht bewusst waren und es ihm nicht möglich war, seine gefühlsmäßigen Regungen zu steuern und zu beherrschen.⁶¹ Dies sei insbesondere der Fall, wenn er von den Wertvorstellungen seiner Heimat noch so stark beherrscht war, dass ihm eine Loslösung zur Tatzeit unmöglich war.⁶²

51 BGH NStZ 2002, 368, 369; BGH NStZ 2006, 284f.

52 BGHSt 18, 37; BGHSt 22, 375; BGHSt 45, 64, 78.

53 BGHSt 47, 128.

54 BGH NStZ 2002, 368; BGH NStZ 2006, 96, 97.

55 BGHSt 2, 60; BGH GA 1977, 235.

56 BGHSt 3, 180.

57 BGHSt 42, 301, 304; BGH StV 2000, 76.

58 BGH bei ESER, NStZ 1981, 383, 385.

59 BGH NJW 1980, 537: Der 5. Strafsenat hatte hier die gekränkte Familienehre eines Türken in die Abwägung einbezogen.

60 S.o. Fn. 51.

61 BGH NStZ 2002, 369.

62 BGH NJW 1995, 602.

III. 2. Tatbezogene Begehungsweise

Die zweite Gruppe der Mordmerkmale kennzeichnet den Bereich der Tatbegehung und damit primär das äußere Tatbild.⁶³ Die Verwerflichkeit wird folglich über die Art und Weise der Begehung bestimmt.⁶⁴

1. Heimtücke

Der Streit um das Merkmal der Heimtücke ist so alt wie das Mordmerkmal selbst, da sich die Heimtücke als besonders problematisch erweist.⁶⁵ Daher ist es auch kein Zufall, dass sich in den BVerfGE 45, 187 und BGHSt 30, 105 zugrunde liegenden Fällen um Heimtückemorde handelte. Den Grund für die Qualifizierung der Heimtücke als Mord sieht die Rechtsprechung im Vorgehen des Täters, sein Opfer „hinterrücks zu überfallen“.⁶⁶ Er überrascht es in hilfloser Lage und will das Opfer so daran hindern, sich zu verteidigen, zu fliehen, um Hilfe zu rufen oder ihn umzustimmen.

Die Rechtsprechung versteht, in der von ihr entwickelten Definition, unter Heimtücke auch gegenwärtig noch das „bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers“.⁶⁷ Ergänzt wurde diese Definition später durch das Merkmal „in feindseliger Willensrichtung“,⁶⁸ um die Fälle ausscheiden zu lassen, in denen der Täter „zum Besten des Opfers“⁶⁹ und damit lediglich aus altruistischen Motiven handelt. In BGHSt 20, 301, 302 wurde weiter einschränkend verlangt, dass die feindselige Haltung heimlich sein müsse. Allerdings entfalle diese Voraussetzung, wenn der Täter das Opfer nach einem wohlüberlegten Plan in einen Hinterhalt lockt und dadurch eine ihm günstige Gelegenheit zur Tötung schafft.⁷⁰ Nach dem Urteil des BVerfG wurde die Heimtücke noch weiter tatbestandlich eingeschränkt, wobei insbesondere am Merkmal der Arglosigkeit angesetzt wurde.

a) Arglosigkeit

Arglos war in der Folge zu BVerfGE 45, 187, wer sich bei Beginn der ersten mit Tötungsvorsatz ausgeführten Handlung⁷¹ keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁷² Damit hat der BGH vorangegangene Streitigkeiten in der Rechtsprechung beseitigt und nunmehr für Klarheit bezüglich der Arglosigkeitsdiskussion gesorgt.⁷³ Heutzutage soll das Merkmal der Arglosigkeit ausgeschlossen sein,

⁶³ WESSELS – HETTINGER, S. 33 Rn. 101.

⁶⁴ BGHSt 30, 105, 117.

⁶⁵ § 135 E 1962 (Entwurf eines Strafgesetzbuches) und § 100 II AE (Alternativ-Entwurf) verzichteten sogar auf dieses Merkmal.

⁶⁶ BGHSt 11, 139, 144.

⁶⁷ St. Rspr. seit BGHSt 2, 60, 61.

⁶⁸ St. Rspr. seit BGHSt 9, 385, 390.

⁶⁹ BGHSt 30, 105, 119.

⁷⁰ BGHSt 22, 77, 79.

⁷¹ BGH GA 1967, 244.

⁷² BGHSt 41, 72, 79; BGH NJW 2003, 1955, 1956; So schon BGH NJW 1980, 792.

⁷³ Vgl. zum Streit in der Rechtsprechung BGH NJW 1985, 334.

wenn das Opfer zwar die Gefahr erkennt, jedoch die Zeitspanne zwischen erkennen und Angriff so knapp bemessen ist, dass keine Möglichkeit mehr besteht, dem Angriff zu begegnen.⁷⁴

Der Tatbestand wird weiter dadurch eingeengt, dass das Opfer überhaupt in der Lage sein muss, Argwohn zu hegen. Darum verneint die Rechtssprechung Arglosigkeit bei Bewusstlosen, da diese in ihrem Zustand gar keine Erwartungen hegen können.⁷⁵ Demgegenüber wird Arglosigkeit bei Schlafenden bejaht, obwohl eine schlafende Person gar keinen Argwohn entwickeln kann.⁷⁶ Hier wird

jedoch davon ausgegangen, dass derjenige der sich arglos schlafen legt, seine Arglosigkeit „mit in den Schlaf“ nimmt.⁷⁷ Bei Säuglingen, Kleinstkindern bis etwa 3 Jahren und Personen, die infolge einer Krankheit die Absicht des Täters nicht erkennen können, lehnt die Rechtssprechung generell die Fähigkeit zum Argwohn ab.⁷⁸ Hierzu hat der BGH zunächst zwei Ausnahmen zugelassen. Heimtücke soll erstens vorliegen, wenn die Arglosigkeit schutzbereiter Dritter ausgenutzt wird.⁷⁹ Vor dem Urteil des BVerfG wurde Heimtücke zudem im sog. Kleinkindbreifall⁸⁰ zugelassen, da der Täter durch Vermischen der Nahrung mit dem tödlichen Gift die natürlichen Abwehrinstinkte des Opfers ausgeschaltet hatte. Das BVerfG empfand als „bedenklich“, für die Heimtücke darauf abzustellen, ob das Tötungsmittel unvermischt oder der Nahrung beigemischt gegeben wird.⁸¹ Im Hinblick auf die restriktive Auslegung war diese Entscheidung zunehmend Kritik ausgesetzt und gilt inzwischen als überholt.

Neuerdings wurde die Arglosigkeit im Hinblick auf die Berücksichtigung des Notwehrrechts eingeschränkt, insofern als der Erpresser grundsätzlich mit einem Gegenangriff des Erpressten rechnen müsse, wenn er im Begriff sei die Tat im Angesicht des Erpressten zu beenden.⁸² Ausgehend von einem normativen Ansatz stellte der BGH fest, dass unter diesen Umständen nicht der gesteigerte Unwert der Heimtücke zum Vorschein kommt. Diese Wertung sei allerdings nicht auf § 35 StGB übertragbar,⁸³ wodurch dem Senat Inkonsequenz vorgeworfen wurde. Eine solche gesamtwürdigende Betrachtungsweise auf Tatbestandsebene ist bislang von der h.M in der Rechtsprechung abgelehnt worden.⁸⁴ Zaczyk⁸⁵ bezeichnet diese Variante als „versteckt vorgenommene negative Typenkorrektur“,⁸⁶ Quentin⁸⁷ als „de lege lata nicht begründbares Tribut an das Rechtsgefühl“. Ob sich diese Rechtsprechung festigen kann, bleibt abzuwarten. Im Hinblick auf den sonst deskriptiven Charakter des Mordtatbestands scheint dies bei dem normativen

74 BGH NStZ 2006, 96.

75 BGH StV 1998, 545.

76 BGHSt 32, 382, 386; Ablehnend zur Unterscheidung Schlafender und Bewusstloser: KÜPER 2000, 740, 741; OTTO Jura 2003, 612, 618.

77 BGHSt 23, 119, 121.

78 BGHSt 3, 330; BGHSt 4, 11; BGHSt 18, 37, 38; BGH NStZ 2006, 338.

79 BGHSt 4, 11, 13; BGHSt 32, 382, 387.

80 BGHSt 8, 216f.

81 BVerfGE 45, 187, 265f.

82 BGHSt 48, 207.

83 BGHSt 48, 255, 258.

84 BGH 9, 385, 389; 11, 139, 143.

85 ZACZYK JuS 2004, 750, 752.

86 Zur Typenkorrektur s. u. unter IV 1.

87 QUENTIN NStZ 2005, 128, 133.

Ansatz eher zweifelhaft. Jedenfalls trägt dieses Judikat weiter zur Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung bei.

b) Wehrlosigkeit

Wehrlos ist, wer aufgrund seiner Arglosigkeit in der Abwehrbereitschaft zumindest stark eingeschränkt ist.⁸⁸ Für die Annahme der Wehrlosigkeit müssen alle zur Verfügung stehenden Verteidigungsmöglichkeiten fehlen.⁸⁹

c) Bewusstsein

Auf subjektiver Seite verlangt die Heimtücke, dass sich der Täter über die Bedeutung der hilflosen Lage für das Opfer bewusst ist und diese auch ganz bewusst ausnutzt.⁹⁰ An diesem Punkt wurde in der Rechtsprechung häufig angesetzt, um Schuldgesichtspunkte zu berücksichtigen.⁹¹ In Fällen hochgradiger Erregung und in psychischen Ausnahmezuständen verneinte der BGH daher das bewusste Ausnutzen, mangels Erfassung der Bedeutung.⁹²

2. Grausam

Nach der stetigen Rechtsprechung tötet grausam, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung durch Dauer, Stärke oder Wiederholung der Schmerzverursachung besonders schwere Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt.⁹³ Mangels Schmerzempfinden können Bewusstlose deshalb nicht grausam getötet werden.⁹⁴ Später wurde durch den BGH, wohl im Hinblick auf BVerfGE 45, 187, einschränkend ergänzt, dass die Grausamkeit im Rahmen der Tötungshandlung geschehen muss.⁹⁵

3. Mit gemeingefährlichen Mitteln

Gemeingefährliche Mittel sind in der konkreten Situation nach Freisetzung der in ihr ruhenden Kräfte in ihrer Wirksamkeit nicht beherrschbar und daher geeignet eine Vielzahl von Menschen zu gefährden.⁹⁶ Auf das tatsächliche Eintreten einer konkreten Gefährdung kommt es nicht an.⁹⁷ Lediglich abstrakte Gemeingefährlichkeit reicht nicht aus, wenn das Mittel konkret keine Vielzahl von Menschen gefährdet. Ist jedoch das Mittel abstrakt ungefährlich, kann es doch im konkreten Fall gemeingefährlich sein.⁹⁸

⁸⁸ BGH GA 1971, 113, 114.

⁸⁹ BGHSt 20, 301, 303.

⁹⁰ BGH NJW 2003, 1955, 1956.

⁹¹ GEILEN JR 1980, 309, 312.

⁹² BGH NJW 1966, 1823, 1824; BGH NStZ 1983, 34; BGH NStZ-RR 2004, 139.

⁹³ BGHSt 3, 180, 264.

⁹⁴ BGH NStZ 2001, 647.

⁹⁵ BGHSt 37, 40.

⁹⁶ BGHSt 34, 14, 15; BGH NJW 1982, 1477, 1478; BGH NStZ 2006, 503, 504.

⁹⁷ BGHSt 38, 353, 354.

⁹⁸ BGHSt 38, 353, 355.

III. 3. Täterbezogene Absichten

Die dritte Gruppe des § 211 II StGB umfasst zwei Tötungsabsichten zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes, die in der Rechtsprechung in einigen Punkten gleich behandelt werden: Durch den Wortlaut „um zu“ wird klargestellt, dass sich beim Vorsatz bzgl. des jeweiligen Mordmerkmals um *dolus directus* 1. Grades, also Absicht, handeln muss.⁹⁹ Hinsichtlich der Tötung bleibt jedoch *dolus eventualis* ausreichend.¹⁰⁰ Bei der „anderen Straftat“ kann es sich in beiden Fällen um eine eigene oder auch eine fremde Tat handeln. Lediglich Ordnungswidrigkeiten fallen aus dem Begriff der „anderen Straftat“ heraus, da Straftat nur als Verbrechen oder Vergehen im Sinne des § 12 StGB verstanden wird.¹⁰¹ Jedoch kommen für die Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Ordnungswidrigkeit die sonst niedrigen Beweggründe in Betracht.¹⁰²

1. Ermöglichungsabsicht

Die Ermöglichungsabsicht wird in der Rechtsprechung auch nach BVerfGE 45, 187 relativ weit verstanden. So darf die „andere Straftat“ sogar tateinheitlich mit der Tötungshandlung zusammenfallen.¹⁰³ Die Absicht liegt entgegen einer früheren Auffassung in der Ermöglichung; die Tötung selbst kann billigend in Kauf genommen werden.¹⁰⁴ Begründet wird die weite Auslegung mit dem Unrechtsgehalt dieses Merkmals,¹⁰⁵ da der Täter hier die Tötung als Mittel verwendet, um weiteres kriminelles Unrecht begehen zu können. Dies wird von der Rechtsprechung als „in höchstem Maße verwerflich“ angesehen.¹⁰⁶

2. Verdeckungsabsicht

Demgegenüber herrscht über die Begründung und Ausgestaltung der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat reger Streit. Hier erweist sich als problematisch, dass der Täter versucht, sich oder einen Dritten der Strafverfolgung zu entziehen und häufig aus einer „Konfliktsituation“¹⁰⁷ heraus handelt. Während das StGB bspw. in § 257 die Selbstbegünstigungstendenzen privilegiert, wird in § 211 StGB die lebenslange Freiheitsstrafe verhängt. Der BGH begründet diese Abweichung mit der fehlenden Schadensvertiefung bei Selbstbegünstigung, wohingegen bei der Verdeckungsabsicht ein über die Vortat hinausgehendes, weitaus schlimmeres, Unrecht geschaffen wird.¹⁰⁸

⁹⁹ TRÖNDLE – FISCHER, § 211 Rn. 28, 33.

¹⁰⁰ BGHSt 11, 268, 270; BGHSt 15, 291, 297; BGHSt 21, 383; BGHSt 23, 176, 194.

¹⁰¹ BGHSt 28, 93.

¹⁰² BGH NStZ 1992, 127, 128.

¹⁰³ BGH JZ 1952, 240; BGH NJW 1964, 1578.

¹⁰⁴ BGHSt 39, 159 unter Aufgabe von BGH bei HOLTZ, MDR 1989, 629.

¹⁰⁵ BGH NJW 2005, 1876, 1877.

¹⁰⁶ BGHSt 39, 159; BGH NStZ 1996, 81.

¹⁰⁷ WESSELS – HETTINGER, S. 39 Rn. 123.

¹⁰⁸ BGHSt 41, 8.

In der Annahme der Verdeckungsabsicht sind beim BGH extensive Tendenzen zu verzeichnen.¹⁰⁹ Nach dem unter dem Eindruck von BVerfGE 45, 187 Verdeckungsmord bei sog. Spontanötungen zunächst ausgeschlossen war,¹¹⁰ muss der Tötungsvorsatz nunmehr, unter Aufgabe der alten Rechtsprechung, nicht mehr bereits vor der Tat gefasst werden.¹¹¹ Bei panikartigen Kurzschlusshandlungen bleibt jedoch die Möglichkeit des § 21 StGB offen.¹¹² Weiterhin lässt der BGH es genügen, wenn es dem Täter auch nur um die Vermeidung von außerstrafrechtlichen Konsequenzen, und nicht wie vorher die Vermeidung einer Bestrafung, geht.¹¹³ In der früheren Rechtsprechung wurde noch auf den Todeserfolg als Mittel zur Verdeckung abgestellt.¹¹⁴ Die neuere Rechtsprechung hingegen hat dieses restriktive Erfordernis wieder aufgegeben und sieht die Handlung bzw. ein in Gang setzen des Ursachenverlaufs als Mittel zur Verdeckung an, so dass jetzt ein Verdeckungsmord durch Unterlassen möglich ist.¹¹⁵

III. 4. Zwischenergebnis

Bei den Merkmalen der ersten Gruppe sind in erster Linie die sonst niedrigen Beweggründe von einer restriktiven Auslegung betroffen. Die speziell geregelten niedrigen Beweggründe erfassen in der Regel nur höchststrafwürdige Fälle und werden in den übrigen Fällen über Randkorrekturen am Tatbestand dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht. Grausame Tötungen und solche mit gemeingefährlichen Mitteln rechtfertigen ebenfalls mit den aufgezeigten Einschränkungen die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe.

Im Bereich der Heimtücke stellt die restriktive Auslegung zwar eine notwendige, jedoch in Randbereichen nur unzureichende Methode dar. Vor allem bei Hinzutreten von entlastenden Tatsachen hat sich die restriktive Auslegung als Mittel zur Erreichung einer verhältnismäßigen Strafe als wenig hilfreich erwiesen, da in diesen Fällen entweder Vermeidungsstrategien praktiziert wurden oder schuldrelevante Gesichtspunkte keine Berücksichtigung fanden. Auch das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung schafft nur einen geringen Restriktionsbereich für schuldmindernde Motive. Diese Diskrepanz konnte durch den Großen Senat in BGHSt 30, 105 zumindest im Ergebnis gelöst werden. Bei der tatbestandseinschränkenden Auslegung ist keine klare Linie des BGH erkennbar. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung leidet unter der Vielzahl der vorgenommenen Restriktionen und Extensionen. Auch die aktuelle Entwicklung zeigt in diesem Bereich keine eindeutige Wegweisung auf.

Die Ermöglichungsabsicht ist in ihrer Würdigung als Mord und auch in ihrer Auslegung nahezu unumstritten.¹¹⁶ Bei der Verdeckungsabsicht ist nach anfänglichen Re-

¹⁰⁹ So auch Heine GA 2000, 305, 312, der von einem „Zick-Zack-Kurs“ des BGH spricht.

¹¹⁰ BGHSt 27, 346.

¹¹¹ BGHSt 35, 116; BGHSt 38, 356.

¹¹² BGH NJW 1999, 1039.

¹¹³ BGHSt 41, 8.

¹¹⁴ BGHSt 7, 287.

¹¹⁵ BGH NJW 2000, 1730, 1732.

¹¹⁶ OTTO ZStW 1971, 39, 67; WESSELS – HETTINGER, S. 38 Rn. 123.

striktionen wegen BVerfGE nunmehr ein äußerst weites Verständnis durch die Rechtsprechung zu beobachten.¹¹⁷

Nach dem Gesagten wurde die Rechtsfolgenlösung ersichtlich für die Grenzfälle heimtückischer Tötung entwickelt. Die Anwendung der Rechtsfolgenlösung auf den Fall der Verdeckungsabsicht wurde vom BGH (noch) offen gelassen.¹¹⁸ Für den Bereich der Habgier wurde sie ausdrücklich für unanwendbar erklärt, da bei diesem Mordmerkmal bereits sichergestellt sei, dass keine unverhältnismäßige Strafe verhängt werde.¹¹⁹ Habgier haftet nach enger Auslegung stets das Merkmal einer besonders verwerflichen Tötung an, was die lebenslange Freiheitsstrafe als verhältnismäßig erscheinen lässt.¹²⁰ Die übrigen Mordmerkmale bedürfen der Rechtsfolgenlösung entweder wegen § 21 StGB (Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes), Erfassung lediglich höchststrafwürdiger Fälle (Ermöglichungsabsicht, mit gemeingefährlichen Mitteln) oder aufgrund des bereits vorhandenen Wertungsspielraums (niedrige Beweggründe, grausam)¹²¹ nicht.

IV. WISSENSCHAFTLICHE KONZEPTE

Die Mordmerkmale waren in der Zeit nach ihrer Aufnahme ins StGB 1941 in der Literatur stark umstritten. Diese Diskussion ebte in den darauf folgenden Jahren immer mehr ab. Das Urteil des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe im Jahre 1977 brachte dann wieder Leben in die eingestaubte wissenschaftliche Reform- und Auslegungsdiskussion zu § 211 StGB. So waren die Zeitschriften in den Folgejahren gefüllt mit Diskussionsbeiträgen.¹²² 1980 war der Mordparagraph das Thema der strafrechtlichen Wissenschaft auf dem 53. Deutschen Juristentag.¹²³ Einigkeit ist in der Literatur bis heute lediglich über die Reformbedürftigkeit des § 211 StGB erkennbar. Die Ansätze innerhalb der Literatur sind streitig.

IV. 1. Typenkorrektur

Zunächst gilt es die Typenkorrektur als weitreichendstes Korrektiv zu nennen. Sie setzt beim Unrechtsgehalt des Mordes an und verlangt eine besondere Verwerflichkeit der Tötung, um § 211 StGB anwenden zu können. Die Vertreter der Typenkorrektur gilt es in zwei Lager zu unterteilen.

Ein Teil der Wissenschaft¹²⁴ sieht in der Erfüllung eines Mordmerkmals eine notwendige jedoch nicht hinreichende Voraussetzung des Mordes und verlangt deshalb zusätzlich eine im Vergleich zum Totschlag erheblich gesteigerte Verwerflichkeit, die

117 Diese Tendenz erkennt Eser NStZ 1981, 429 bereits wenige Jahre nach BVerfGE 45, 187.

118 BGHSt 35, 116, 127.

119 BGHSt 42, 301, 302 = BGH JR 1998, 159.

120 So auch DÖLLING in Anmerkung zu BGH JR 1998, 159, 161.

121 Im Ergebnis übereinstimmend: RENGIER NStZ 1982, 225, 227.

122 Vgl. nur zu der unüberschaubaren Literatur: ESER JR 1981, 177; ESER NStZ 1981, 383; GEILEN JR 1980, 309; RENGIER MDR 1979, 969; RENGIER MDR 1980, 1; sowie unten Fn. 133.

123 Vgl. hierzu: ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 1ff.

124 LANGE, Schröder-GS, S. 217f; RIEß NJW 1968, 630.

anhand einer Gesamtwürdigung zu prüfen sei, sog. positive Typenkorrektur. Dagegen verneint der andere Teil der Lehre Mord, wenn der Tat die besondere Verwerflichkeit fehle, sog. negative Typenkorrektur. Die Mordmerkmale werden von den Vertretern¹²⁵ dieser Ansicht lediglich mit Indizwirkung verstanden. Deshalb könne Mord entfallen, wenn die Tat nach einer umfassenden Gesamtwürdigung als nicht besonders verwerflich erscheine.

Die Typenkorrektur wurde zwar im Hinblick auf die Heimtückeproblematik geschaffen, lässt sich jedoch ohne weiteres auf den gesamten Mordtatbestand übertragen. Lediglich Fälle der niedrigen Beweggründe sind hier auszunehmen, da hier ohnehin die durch die Typenkorrektur bezweckte Gesamtwürdigung anhand eines Verwerflichkeitskriteriums dem Merkmal bereits innewohnt.¹²⁶

IV. 2. Besonders verwerflicher Vertrauensbruch

Andere Teile der Wissenschaft fordern einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch, da sie den Kern der Heimtücke im Missbrauch entgegengebrachten Vertrauens sehen.¹²⁷ Deshalb genügt nach dieser Ansicht für die Annahme der Heimtücke, dass dieses Vertrauen bei der Tat ausgenutzt wird.

Da die Korrekturmethode des besonders verwerflichen Vertrauensbruchs allein für die Heimtücke entwickelt wurde und gar nicht beansprucht, die Mordmerkmale an sich zu beschränken, erschöpft sich dessen Anwendungsbereich auch nur auf dessen Bereich.

IV. 3. Meinungsstand

Der BGH versteht den tatbestandlichen Charakter der Mordmerkmale als zwingend und abschließend¹²⁸ und sieht deshalb auf dieser Ebene keinen Raum für eine Korrektur durch eine Gesamtwürdigung.¹²⁹ Er lehnt die Typenkorrektur, gleich ob positiv oder negativ, zudem aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten ab,¹³⁰ da das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit keinen Anhaltspunkt für eine einheitliche Auslegung liefert. Dies wird zwar seitens der Literatur auch der Rechtsfolgenlösung in Bezug auf „außergewöhnliche Umstände“ vorgeworfen, jedoch misst der BGH Unsicherheiten auf Rechtsfolgenseite weniger Gewicht bei als solchen auf Tatbestandsseite. Die Lehre kritisiert zudem eine mangelnde Vereinbarkeit der Rechtsfolgenlösung mit dem Urteil des BVerfG.¹³¹ Allerdings ist die Variante des BGH nicht ausgeschlossen worden und dem Urteil sind keine Anzeichen für eine favorisierte Lösung entnehmbar. Die Kritik der Lehre geht daher

¹²⁵ SALIGER ZStW 1997, 302, 329.

¹²⁶ Vgl. BGH NJW 1954, 565; BGH NJW 1984, 1830.

¹²⁷ OTTO ZStW 1971, 39, 63; Sch/Sch-ESER, § 211 Rn. 26 zurückgehend auf SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 232ff.

¹²⁸ BGHSt 3, 183, 186; 9, 385, 389; 28, 79. Tendenzen zur Aufgabe dieser st. Rspr. waren in BGHSt 27, 283 zu erkennen, wurden jedoch wieder verworfen.

¹²⁹ So bereits BGH NJW 1951, 204; BGHSt 3, 330, 332.

¹³⁰ BGHSt 11, 139, 143; BGHSt 30, 105, 115.

¹³¹ GÜNTHER NJW 1982, 353; tendenziell auch VEH, S. 59.

fehl.¹³² Deshalb steht die Rechtsfolgenlösung auch nicht im Widerspruch zu BVerfGE 45, 187. Die Ergebnisse der Rechtsfolgenlösung finden in der Literatur durchweg Zustimmung, wohingegen der Weg, den die Rechtsfolgenlösung dorthin beschreitet, von der herrschenden Meinung abgelehnt wird.¹³³

Der besonders verwerfliche Vertrauensbruch wird aufgrund des schwammigen Begriffs des „Vertrauens“ und dessen Untauglichkeit zur Steigerung des Unrechtsgehaltes gegenüber dem Totschlag von BGH und herrschender Meinung in der Literatur gleichermaßen abgelehnt.¹³⁴ Der BGH verwendet jedoch die beiden Korrektive der Literatur gelegentlich als „Gegenprobe“¹³⁵ und bestätigt damit seine Auffassung.¹³⁶

V. „MORD“-MERKMALE IN UNGARN

Das ungarische Strafgesetzbuch (Btk.) kennt den Begriff des Mordes („gyilkosság“) seit 1961 nicht mehr.¹³⁷ Stattdessen sieht § 166 Btk. in Absatz 2 mehrere Qualifikationen für die vorsätzliche Tötung vor, die mit den deutschen Mordmerkmalen vergleichbar sind.¹³⁸ Dabei fällt jedoch auf, dass § 166 II Btk. kein der Heimtücke entsprechendes Merkmal aufzählt.

Zunächst gilt es festzustellen, dass sich eine in Bezug auf Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord vergleichbare Problematik in Ungarn schon allein wegen dem flexiblen Strafraumen in § 166 II Btk. nicht ergeben kann. Der Strafrichter in Ungarn hat selbst bei Vorliegen eines der Merkmale der qualifizierenden Tötung die Möglichkeit auf eine zeitige Freiheitsstrafe auszuweichen. Dagegen bleibt festzuhalten, dass die lebenslange Freiheitsstrafe in Ungarn (noch) tatsächlich lebenslang dauern kann, auch wenn aktuelle Bestrebungen auf eine Streichung zielen.¹³⁹

Allerdings ergibt sich bei der Tötung eines Neugeborenen hier eine andere, jedoch der deutschen Problematik im Hinblick auf Verhängung einer verhältnismäßigen Strafe ähnliche, Diskrepanz. § 166 II i) Btk. stellt die Tötung eines Menschen unter 14 Jahren als qualifizierte Tötung unter Strafe. Ursprünglich stellte die Tötung eines Neugeborenen in Ungarn noch einen privilegierten Fall der Tötung dar.¹⁴⁰ 2003 wurde diese Privilegierung abgeschafft und ist seitdem als qualifizierte Tötung zu behandeln und damit bis hin zur lebenslangen Haft zu bestrafen, was zu Kritik in der Lehre geführt hat.¹⁴¹ Die vergleichbare

132 Siehe hierzu auch KRATSCHE JA 1982, 401, 402, der insbesondere die Thesen GÜNTHERS (aaO) widerlegt.

133 Abl. ARZT – WEBER, § 2 Rn. 17; BRUNS JR 1981, 358; GÜNTHER, NJW 1982, 353, 355; KARGL Jura 2004, 189; KÜPER JuS 2000, 740, 747; LABER MDR 1989, 861, 868; MITSCH JuS 1996, 122; VEI, S. 123; WESSELS – HETTINGER, S. 29 Rn. 89 (anders HETTINGER, in Miyazawa-FS, S. 141, 151); zust. FROMMEL StV 1982, 533; LK-JÄHNKE, § 211 Rn. 70; KRATSCHE JA 1982, 401; RENGIER NStZ 1982, 225.

134 BGHSt 30, 105, 115; LK-JÄHNKE, § 211 Rn. 47; TRÖNDLE – FISCHER, § 211 Rn. 19.

135 RENGIER MDR 1979, 969, 973.

136 Vgl. etwa BGH NJW 1978, 709, 710.

137 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 22.

138 Nachfolgende Angaben zu § 166 Btk. beziehen sich auf die Übersetzung bei TÓTH, S. 170.

139 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 42.

140 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 27. In Deutschland hingegen fällt die Tötung eines Neugeborenen seit der Abschaffung des § 217 StGB unter einen sonstigen minder schweren Fall nach § 213 2. Alt StGB, BGH NStZ-RR 2004, 80.

141 Vgl. NAGY, FS-Eser, S. 560, 574: „inkonsequente Gesetzesnovellierung“.

Problematik erwächst nun beim Tatrichter, der eine im Einzelfall gerechte Strafe verhängen muss. Wie in der Bundesrepublik in Grenzfällen der Heimtücke, vor und teilweise auch noch nach der Entwicklung der Rechtsfolgenlösung, wird in Ungarn bei der Tötung eines Neugeborenen nun befürchtet, dass die Gerichte aufgrund der unverhältnismäßigen strafrechtlichen Bewertung zu Umgehung der Strafgesetze genötigt werden,¹⁴² im Ergebnis also Vermeidungsstrategien praktizieren.

Neben § 166 II i) Btk. bezeichnet § 166 II e) Btk. einen weiteren besonders schützenswerten Personenkreis, indem er die Tötung einer Amtsperson als qualifizierte Tötung bewertet. Hiervon sollen insbesondere Politiker umfasst sein. Die Tötung des politischen Gegners aufgrund seiner Überzeugung und Betätigung wird in der Bundesrepublik von der Rechtsprechung als sonst niedriger Beweggrund behandelt.¹⁴³ Hier muss jedoch das, auf deutscher Vergangenheit beruhende, Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG berücksichtigt werden, welches bei Vorliegen der Vorraussetzung die Tat rechtfertigt. Jähne nimmt dies als Maßstab und sieht die sonst niedrigen Beweggründe deshalb als erfüllt an, soweit die Vorraussetzungen des Art. 20 IV GG nicht vorliegen.¹⁴⁴

Beide Regelungen knüpfen, anders als § 211 StGB, an eine opferorientierte Sichtweise an. Die Tötung von Zugehörigen zu oben genannten Personenkreisen kann in Deutschland lediglich im Einzelfall unter die sonst niedrigen Beweggründe subsumiert werden, stellt aber im Regelfall einen einfachen Totschlag nach § 212 StGB dar. In der Bundesrepublik sind jedoch zunehmend Stimmen zu verzeichnen, die gerade im Hinblick auf Terrorismus¹⁴⁵ und Organisierte Kriminalität¹⁴⁶ und damit einhergehende neue Gefahren für bestimmte Personengruppen eine stärkere Bedeutung des Opfersichtweise fordern.

Besondere Grausamkeit, § 166 II d) Btk., und grausam i.S.d. § 211 II StGB sind auf äußerer Tatseite deckungsgleich auszulegen. Unterschiede ergeben sich indes auf subjektiver Tatseite, wie an der Entscheidung des ungarischen Gerichtshofes in BH 2005, 31¹⁴⁷ deutlich wird. Während in Deutschland eine gefühllose, unbarmherzige Gesinnung die Grausamkeit der Tat kennzeichnet, lässt der Gerichtshof in Ungarn die (objektive) konkrete Begehung, bzw. im angesprochenen Fall Unterlassung, ausreichen.

Gewinnsucht wird weitestgehend wie die habgierige Tötung in § 211 II StGB behandelt. Allerdings muss bemerkt werden, dass die Tötung aus einer wirtschaftlichen Not in Ungarn keine Berücksichtigung findet,¹⁴⁸ wohingegen dies vom BGH (noch) offen gelassen wurde.¹⁴⁹ Auch die anderen bzw. sonst niedrigen Beweggründe sind einander vergleichbar, vor allem in Bezug auf Verständlichkeit des Täterverhaltens und gesellschaftlichem Werturteil.¹⁵⁰ Die in Deutschland normierte Mordlust ist ebenfalls § 166 II c) Btk. zuzuordnen.¹⁵¹ Unter die anderen niedrigen Ziele nach § 166 II c) Btk. fasst die ungarische

142 NAGY, FS-Eser, S. 560, 576.

143 BGHSt 2, 251, 254.

144 LK-JÄHNKE, § 211 Rn. 27.

145 So schon ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 53.

146 HEINE GA 2000, 305, 318.

147 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 28.

148 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 23.

149 BGHSt 10, 399. Allerdings ist in Anbetracht der deutschen Sozialsicherung eine Berücksichtigung fernliegend, so auch LK-JÄHNKE, § 211 Rn. 8.

150 S. o. unter III. 1. d.

151 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 24.

Rechtsprechungspraxis solche Tötungen die zur Verdeckung als auch zur Ermöglichung einer Straftat erfolgen.¹⁵² Die Gefährdung vieler Menschenleben in § 166 II g) wird enger als die vergleichbaren gemeingefährlichen Mittel i.S.d. § 211 II StGB verstanden, weshalb die Lebensgefahr für eine Vielzahl von Menschen auch tatsächlich eintreten muss¹⁵³ und nicht wie in Deutschland lediglich eine solche (abstrakte) Eignung besitzen muss.¹⁵⁴

Die vorherige Planung nach § 166 II a) Btk. und die Strafbarkeit der Vorbereitung § 166 III Btk. erscheinen dagegen nach deutschem Rechtsverständnis als fremd. Ebenso findet der Rückfalltäter tatbestandlich keine Berücksichtigung.

In Bezug auf minder schwere Fälle sind einige Besonderheiten zu erkennen. In Deutschland wird beispielsweise Habgier nicht durch eine Affekttat ausgeschlossen.¹⁵⁵ Gleiches gilt für die sonst niedrigen Beweggründe, wobei allerdings gemessen an der Strafandrohung sehr hohe Anforderungen an die Bejahungen zu stellen sind.¹⁵⁶ Das ungarische Btk. sieht für diese Fälle in § 167 eine Strafmilderung vergleichbar dem § 213 StGB vor.¹⁵⁷ Die hierfür erforderliche starke Erregung wird bejaht, wenn die Erregung die Zurechnungsfähigkeit des Täters einschränkt.¹⁵⁸ Solche Gesichtspunkte können im StGB allenfalls in § 21 Berücksichtigung finden, wo jedoch die starke Erregung nicht ausreichend ist.

Abschließend muss bemerkt werden, dass der deutschen Problematik einer uneinheitlichen Rechtsprechung vom ungarischen Obersten Gerichtshof mit einer Auslegungsrichtlinie entgegnet wird.¹⁵⁹

VI. FAZIT – ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Seit nunmehr 66 Jahren ist der Tatbestand des § 211 StGB in der heute gültigen Fassung mit der jeweilig verfassungsmäßigen Höchststrafe bedroht. Der grundlegende Charakter des heute gültigen Mordtatbestands ist über 100 Jahre alt.¹⁶⁰

Trotzdem eignen sich die Merkmale des § 211 StGB, in einem restriktiven Verständnis, auch heute noch zu einer des Mordes gerecht werdenden Qualifizierung sowie einer der Verhältnismäßigkeit genügenden Bestrafung.

Dies gilt jedoch wie aufgezeigt nur bedingt für die Heimtücke, die in Grenzfällen noch immer Probleme aufwirft. Die Heimtücke ist in ihrer Würdigung als Mordmerkmal zumindest in der Literatur stark umstritten. Das ungarische Strafrecht verzichtet hierauf gänzlich, obwohl die sonstigen Mordmerkmale nahezu deckungsgleich sind. Die Strafaussetzungsmöglichkeit des § 57a StGB hat einiges an Brisanz aus der Diskussion genommen; die Reformbedürftigkeit des § 211 StGB jedoch nicht obsolet gemacht. Die Meisten der nicht höchststrafwürdigen Fälle können über die restriktive Auslegung durch

¹⁵² TÓTH, S. 170; KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 24.

¹⁵³ KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 26.

¹⁵⁴ S. o. unter III. 2. c.

¹⁵⁵ BGHSt 29, 317, 318.

¹⁵⁶ BGH NSTZ 2001, 87.

¹⁵⁷ Dessen Anwendung auf § 211 StGB jedoch wie gesehen ausgeschlossen ist: S.o. Fn 2.

¹⁵⁸ TÓTH, S. 171.

¹⁵⁹ KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 23: 15. Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz des Lebens und die der körperlichen Unversehrtheit.

den BGH auf Tatbestandsebene beseitigt werden. Für die Grenzfälle findet die Rechtsfolgenlösung als ultima ratio Anwendung, die zu einem, im Ergebnis befriedigenden, flexiblen Strafraumen führt, soweit nicht bereits durch die gesetzlichen Milderungsvorschriften der Weg zu einer zeitigen Freiheitsstrafe offen ist. Wie aufgezeigt¹⁶¹ werden die Resultate der Rechtsfolgenlösung auch innerhalb der Literatur nicht bestritten. Es fehlt ihr jedoch, und dies ist ebenfalls in der Literatur unumstritten, an der dogmatischen Festsetzung im StGB. Als Alternative eignet sich die Tatbestandslösung mittels Typenkorrektur nicht, da ihr ebenfalls die Verankerung im geltenden Recht fehlt und sie die Mordmerkmale in Regelbeispiele verwandeln würde und damit gesetzgeberische Aufgaben dem Richter übertragen würde.¹⁶² Jedenfalls sprechen die Ergebnisse in der Praxis für beide Ansätze. Nach all dem Gesagten muss die Rechtsfolgenlösung weiterhin als „Übergangslösung“ akzeptiert sein.

Die restriktive Auslegung der Mordmerkmale hat durch BVerfGE 45, 187 eine wesentliche Prägung erhalten und dient, entgegen der anfänglichen Auffassung in der Rechtsprechung,¹⁶³ noch immer als Maßstab für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe, wobei neuerdings wieder extensivere Tendenzen zu verzeichnen sind. Diese Tendenzen zeigen sich vor allem bei der Verdeckungsabsicht, wo es bedenklich scheint, dass die der in BVerfGE 45, 187 zugrunde liegenden Restriktionen mittlerweile vom BGH durchweg aufgegeben wurden.

Der entstandenen Uneinheitlichkeit in der Rechtsprechung könnte beispielsweise durch eine, wie in Ungarn praktizierte, Auslegungsrichtlinie durch den Großen Senat entgegen gewirkt werden. Letztlich ist hier jedoch der Gesetzgeber gefordert. In welchem Maße dies erfolgen soll, würde den Rahmen der Bearbeitung sprengen. Es bleibt nur zusammenfassend und abschließend festzustellen, dass der Bearbeiter die Beibehaltung des Mordmerkmals der Heimtücke befürwortet, hierfür jedoch die Möglichkeit eines minder schweren Falls des Heimtückemordes¹⁶⁴ ins Auge fasst, wofür der Strafraumen des § 212 StGB heranzuziehen ist. Im Hinblick auf gegenwärtige und zukünftig drohende Gefahren sollte, ähnlich dem ungarischen § 166 Btk., der Opferschutz stärker in der Reformdiskussion berücksichtigt werden.

160 Art. 50 in: CARL STOOSS, Motive zu dem Vorentwurf im Auftrage des schweiz. Bundesrates, 1894 welcher offensichtlich als Vorlage zur deutschen Fassung diente. So auch ESER, Gutachten zum 53. DJT, S. 32f; QUENTIN NSTZ 2005, 131 Anm. 12.

161 S.o. unter IV 3.

162 So auch KARGL Jura 2004, 189, 192.

163 BGH GA 1979, 222: Die Entscheidung des BVerfG sei eine „unverbindliche Anregung“; so auch BGH GA 1980, 142. Anders hingegen BGH GA 1979, 426.

164 Allerdings nur für die Heimtücke, da sonst Merkmale erfasst werden können bei denen ein minderschwerer Fall nicht denkbar wäre; So auch STAIGER, in: BVerfGE 45, 187, 218; Für den minder schweren Fall der Heimtücke auch RENGIER MDR 1980, 1, 5 ohne auf andere Merkmale Bezug zu nehmen; Formulierungs- und Systematisierungsvorschlag hierzu bei OTTO, Jura 2003, 612, 622 (Entwurf des BMJ vom 21.3.2001).